
FRANÇOISE DEKEUWER-DÉFOSSEZ

DROIT DES PERSONNES
ET DE LA FAMILLE :
DE 1804 AU PACS
(ET AU-DELÀ...)

TRAITER DE L'ÉVOLUTION DE LA FAMILLE dans et au travers de celle du Code civil depuis 1804 relève, à n'en pas douter, de la gageure, tant ces deux derniers siècles ont été riches d'évolutions économiques, sociologiques, philosophiques et politiques, et donc de réformes législatives.

37

Confier cette tâche à un juriste positiviste est un autre parti pris hasardeux. Pour percevoir avec justesse la nature et la portée des évolutions, il faudrait les resituer dans leur contexte historique, les mettre en rapport avec les transformations des institutions publiques, avec les courants d'idées, les événements de tous ordres qui ont précipité les modifications de textes. Or, le juriste contemporain court toujours le risque de lire le passé à la lumière du droit actuel, de rechercher dans les lois d'hier ce qui portait en germe celles d'aujourd'hui. Subjectivisme et anachronisme menacent cette entreprise.

Le texte qui est proposé ici prend donc de manière délibérée le risque de n'être qu'une vision subjective de l'évolution du Code civil, à la lumière de ce qu'il est devenu aujourd'hui et de ce que nous pouvons imaginer de la vie passée.

Le Code civil ne contient pas de titre ou de chapitre relatif à la « famille ». Le livre premier en était et demeure intitulé « Des personnes ». Sans doute les textes qui y sont insérés réglementent-ils la famille et sans doute aussi les rédacteurs du Code ont-ils tous relevé l'importance de la famille dans la société. Mais, précisément, Locré, Portalis ou les premiers commentateurs du Code ont à l'envi fait remarquer que la stabilité de la famille est garante de celle de la société, que la famille est la pépinière de l'État... La famille est plus un ensemble

de relations entre individus qu'un véritable groupe humain : c'est logique puisque ses contours changent perpétuellement : naissances, décès, unions et désunions en modifiant continûment l'étendue.

Le Code civil de 1804 est avare de définitions en droit des personnes et de la famille. Alors qu'il en fournit de multiples en droit des biens et des obligations¹, on chercherait en vain une démarche analogue à propos du mariage, de la filiation, de la personnalité juridique. La justification qui en fut donnée à l'époque était que ces institutions étaient connues de tous : en réalité, il s'agissait de points sensibles dont il était plus facile de réglementer l'organisation que d'en donner une définition consensuelle². Deux siècles plus tard, la même démarche permettra aux lois bioéthiques du 29 juillet 1994 de régler les questions juridiques posées par les embryons *in vitro* sans prendre parti sur leur nature juridique.

Pratiquement immobiles pendant quatre-vingts ans, les dispositions du Code civil relatives à la famille commencent à être modifiées en 1884, lorsque le divorce est rétabli. Se succèdent dès lors des séries de réformes incessantes, traduisant l'évolution des mœurs et des idées, qui contrastent avec l'immobilité du droit des obligations ou des biens. À partir de 1964, une entreprise de reconstruction systématique est entreprise, et confiée à Jean Carbonnier, qui « refonde » le droit civil de la famille en une demi-douzaine de grandes lois³.

Las ! À peine achevée, l'œuvre est reprise par une collection de mesures disjointes jusqu'à ce qu'une entreprise de renouveau ordonné soit tentée à partir de 1999. La plupart de ces lois – mais pas toutes – seront intégrées au Code, pour leur donner plus de prestige et pour que le droit civil de la famille conserve l'aspect d'un ensemble coordonné. Mais la volonté rationnelle du législateur s'épuise devant les revendications des groupes de pression et les débats idéologiques. Au seuil du troisième millénaire, le droit de la famille est encore l'objet de projets de réforme, à plus ou moins long terme.

Le Code civil est et demeure d'abord celui des citoyens, donc des personnes. Celles-ci s'unissent par les liens de couple. La procréation

1. Gérard Cornu, « Les définitions dans la loi », *L'Art du droit, enquête de sagesse*, Paris, PUF, 1998, p. 259.

2. Les travaux préparatoires du Code rappellent l'adage latin *omnis definitio periculosa*. V. Fenet, t. VI, p. 42 *sq.* ; t. IX, p. 4 ; t. XII, p. 261.

3. Pour une présentation particulièrement autorisée de cette œuvre, Jean Carbonnier, *Essais sur les lois*, Paris, Defrénois, 1995, 2^e éd.

entraîne ensuite l'établissement de liens de filiation, qui vont constituer les parentés et donc les véritables familles. Aujourd'hui comme hier, le Code civil est le garant des personnes, la charte des couples, le socle juridique des familles.

LE GARANT DES PERSONNES

Il est important de le rappeler : le Code civil de 1804, héritier de la Révolution, est inspiré par une philosophie individualiste. S'il peut paraître aujourd'hui peu disert sur la question de la personnalité juridique et de ses attributs, il contenait et contient encore une charte de protection des libertés individuelles.

La personnalité juridique était traitée sous l'angle assez particulier de sa privation. L'article 22 du Code civil prévoyait une institution qui peut aujourd'hui paraître barbare : la « mort civile », déchéance totale de droits attachée alors à certaines peines criminelles. Elle fut abrogée dès 1854, mais atteste que la dissociation parfois proposée aujourd'hui entre personne humaine et personne juridique n'est pas sans exemple historique, même dans les temps modernes. Venait ensuite l'absence, illustrée en littérature par le colonel Chabert⁴, autre hypothèse de suppression juridique d'une personne qui est peut-être encore vivante. Sur la question du mariage de l'absent, le Code avait d'ailleurs hésité à trancher, et s'était borné à énoncer que « l'époux absent, dont le conjoint a contracté une nouvelle union, sera seul recevable à attaquer ce mariage » (art. 139 C. civ.). Le texte actuel, issu d'une loi du 28 décembre 1977, est plus radical : « le mariage de l'absent reste dissous... » (art. 132 C. civ.).

39

La question de la personnalité de l'enfant simplement conçu n'était, en revanche, réglée que de manière oblique par les textes relatifs aux successions, notamment l'article 725 : « Pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable. » Faute d'accord lors du vote des lois bioéthiques de 1994, ce texte⁵ est demeuré la seule référence relative à la personnalité juridique de l'embryon.

Viennent ensuite ce que l'on appelle les « attributs de la personna-

4. On se souvient que ce personnage balzacien avait disparu pendant les guerres napoléoniennes et avait retrouvé, à son retour, son épouse remariée.

5. Ainsi que son homologue pour les libéralités, l'article 906 C. civ.

lité». Le nom de l'enfant légitime ne faisait l'objet d'aucune mention dans le Code civil jusqu'à la loi du 4 mars 2002 ; il sera désormais déterminé par des textes figurant dans le droit de la filiation. Faisait, par contre, l'objet de dispositions assez complètes le domicile: lieu du « principal établissement », depuis 1804 (art. 102 C. civ.).

L'insertion du droit de la nationalité dans le Code civil mérite quelques instants d'attention : en effet, après avoir fait l'objet d'une loi du 10 août 1927, extérieure au Code, puis avoir été l'objet d'un « Code de la nationalité » par l'effet d'une ordonnance du 19 octobre 1945, le droit de la nationalité a réintégré le Code civil par l'effet d'une loi du 22 juillet 1993. Le transfert n'a pas, à l'époque, fait l'objet de commentaires considérables. Pourtant, il s'agissait d'une mesure importante, qui réaffirme les liens exprimés dès le Code de 1804 entre droits « civils » et citoyenneté. À l'heure actuelle, la charte de la citoyenneté française figure à nouveau dans le Code civil, où elle occupe un Titre 1^o *bis*, contenant les articles 17 à 34. Entre autres règles d'origine, est maintenu le principe dit du « double droit du sol » selon lequel est français « tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né » (art. 8, 3^o du Code civil de 1804).

On notera enfin que la proclamation des droits de chaque individu se dissocie difficilement du contexte familial. Nom de famille, domicile et nationalité dépendent de la situation familiale. Sans doute peut-il exister des individus isolés, enfants trouvés ou amnésiques⁶ : la difficulté qu'éprouve la société à leur trouver une identité en ce cas manifesterait, si besoin en était, combien l'individu est indissociable de ceux qui lui ont donné le jour.

La protection des **droits et libertés individuelles** était un autre objectif du Code de 1804. Pour éviter de ressusciter le servage, l'article 1780 proclamait: « On ne peut engager ses services qu'à temps » (c'est-à-dire de façon limitée). Dans la même ligne, ce Titre premier du Code civil a été récemment étoffé d'un ensemble fort riche de dispositions protectrices de l'intégrité personnelle.

C'est d'abord la loi du 17 juillet 1970 qui a inscrit à l'article 9 du Code civil le droit de chacun au respect de sa vie privée. Cette loi qui consacrait une jurisprudence alors émergente a par ailleurs prévu

6. L'article 58 du Code civil prévoit l'établissement d'un état civil pour les enfants trouvés. Voir, à propos de l'établissement d'un état civil pour une personne amnésique, TGI Lille, 28 septembre 1995, *D*, 1997, p. 29, note Labbé.

un certain nombre de sanctions pénales pour les atteintes les plus graves. Il est hors de propos ici de décrire la fortune jurisprudentielle de ce texte, appelé à la rescousse tant des princesses en cours de divorce que des salariés dont le courriel est ouvert par leur employeur, sans oublier les chefs d'entreprise dont la feuille d'impôts se trouve dévoilée dans la presse. Sans nul doute, le Code civil assure ici une fonction de protection de l'individu que ses auteurs n'auraient pas imaginée, mais qu'ils n'auraient pas non plus désavouée.

C'est ensuite la présomption d'innocence qui est entrée à l'article 9-1 du Code civil, par l'effet de la loi du 24 août 1993, modifiée par celle du 15 juin 2000. Il n'est pourtant pas évident que ce principe, qui ressort essentiellement des règles de procédure pénale et qui est par ailleurs inscrit à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ait sa place dans un Code civil. De plus, ce texte se combine avec la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse lorsque les atteintes à la présomption d'innocence sont le fait de publications, ce qui aboutit à un régime juridique complexe et même biscornu, dans lequel l'affirmation solennelle de l'article 9-1 se révèle, en définitive, moins protectrice que ne le serait la responsabilité civile de droit commun. Preuve, s'il en était besoin, que l'édiction de textes spécifiques n'a pas pour conséquence inéluctable une amélioration effective de la protection des droits proclamés.

Une réflexion similaire peut être faite à propos de la dernière et fort importante adjonction à la protection des individus : les articles 16 à 16-13 du Code civil, issus des lois « bioéthiques » du 29 juillet 1994.

L'utilité et la pertinence de cette proclamation sont, en effet, sujettes à caution. L'article 16 est l'héritier direct de l'article premier de la loi du 17 janvier 1975 qui avait estimé nécessaire de proclamer le respect de l'être humain dès le commencement de la vie avant d'autoriser l'interruption volontaire de grossesse. Ces principes, comme tous ceux qui sont énoncés dans le chapitre intitulé « du respect du corps humain », étaient déjà reconnus auparavant (heureusement...) et l'on s'accordait à leur donner valeur de principes généraux du droit, c'est-à-dire valeur supra-législative. Ainsi la Cour de cassation n'avait-elle pas eu besoin de loi spéciale pour interdire les conventions de mère porteuse⁷. Leur intégration dans le Code civil est donc, au plan de la

7. Ass. plén., 31 mai 1991, *Bull. civ.*, n° 4.

hiérarchie des normes, un déclassement, qui a pour effet de permettre plus facilement d'y déroger. Il a pu être soutenu que la véritable raison de cet enrichissement du Code civil était de rendre juridiquement et politiquement possible l'autorisation d'un certain nombre de pratiques médicales.

La promotion des droits et libertés individuelles par les lois récentes intégrées au Code civil est donc loin d'être incontestable. La portée des réformes relatives au couple est moins sujette à caution.

LA CHARTE DES COUPLES

42 C'est certainement dans les règles relatives aux couples que les transformations du Code civil sont les plus connues. Trois grandes questions traversent les deux siècles qui nous séparent du Code.

La première est celle de **l'égalité des époux**. C'est probablement sur ce point que les évolutions ont été les plus visibles. Le Code civil de 1804 avait fait de l'épouse une « perpétuelle mineure », citée par l'article 1124 du Code civil au nombre des incapables en même temps que les enfants et les fous, tenue à un devoir d'obéissance, « obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider » (art. 214 C. civ.), n'ayant point d'autre domicile que le sien, etc. L'histoire du droit de la famille depuis 1804 est avant tout celle de l'émancipation lente et progressive de l'épouse pour parvenir à une égalité parfaite de droits. Il n'est guère utile de retracer ici les nombreuses étapes de cette ascension. On se contentera de quelques réflexions d'ordre général.

D'abord, il faut bien comprendre que l'assujettissement de l'épouse, dans le Code Napoléon et par la suite, n'a jamais été ordonnée à autre chose qu'au bien de la famille. Ce n'est que dans le mariage que la féminité était source d'incapacité. Bien au contraire, l'un des apports majeurs du droit révolutionnaire, puis du Code civil, avait été de proclamer l'égalité successorale entre les enfants des deux sexes. Les veuves et « filles majeures » restaient juridiquement capables et géraient librement leurs biens. Mais il paraissait alors impossible qu'une dualité de pouvoirs décisionnels ne conduise pas à l'anarchie, et donc à la ruine de la famille.

L'égalité des époux n'a donc été consacrée que dans la mesure où elle se révélait compatible avec l'intérêt de la famille. Dans certains domaines, la promotion des droits de la femme semblait lui être utile :

c'est ainsi que la loi du 9 avril 1881 sur les caisses d'épargne et celle du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée devaient permettre aux ouvrières de consacrer leur (maigre) salaire à l'entretien de la famille et de réaliser des économies, plutôt que d'être obligées de le remettre aux mains dilapidatrices d'un mari trop souvent porté sur la boisson. Il faut cependant noter que ni l'une ni l'autre ne furent intégrées au Code civil, comme s'il s'agissait de tolérances à ne pas afficher.

Il fallut attendre la loi du 13 juillet 1965 pour que le Code civil consacre la liberté professionnelle de la femme mariée, de même que son autonomie bancaire, et celle du 23 décembre 1985 pour que les dernières inégalités dans la gestion des biens de la famille soient levées.

Mais, par ailleurs, les mœurs n'ont pas forcément suivi l'égalité législative pourtant réclamée à cor et à cri. Ainsi, le « chef de famille » a disparu du Code civil depuis la loi du 4 juin 1970 qui a remplacé la puissance paternelle par l'autorité parentale : il a pourtant survécu au moins vingt ans dans les formulaires administratifs et il subsiste encore dans les classifications des démographes.

43

On pourrait penser que le chemin est définitivement achevé, l'égalité conquise et irréversible. Les choses ne sont pourtant pas si simples, car la famille est un lieu où l'égalité doit se combiner avec une différenciation des places et des rôles. Quoi que l'on veuille en dire, la maternité et la paternité ne sont pas identiques, et cette différence ne peut pas ne pas rejaillir sur la problématique de l'égalité des droits dans le couple. Pour l'illustrer, on peut prendre l'exemple du nom « patronymique » devenu « nom de famille ».

Le père et la mère ayant chacun un nom, et l'enfant ne pouvant en avoir qu'un, se pose nécessairement la question du choix. En France, l'attribution aux enfants légitimes du nom du mari était tellement évidente qu'elle ne figurait pas dans le Code civil. Corrélativement, l'usage voulait aussi que l'épouse porte le nom du mari. Cette habitude est demeurée extrêmement vivace, alors pourtant qu'aucun texte ne l'a jamais consacrée.

La volonté de parvenir à une plus grande égalité entre les parents s'est vite affrontée non seulement à l'aporie mathématique ($1 + 1 = 1$), mais aussi au sens du nom du père. Si ce nom est bien l'affirmation sociale et publique de la paternité, qui en conditionne la solidité psychologique, ne risque-t-on pas d'affaiblir le lien en supprimant sa visibilité ? En définitive, après de difficiles débats, l'article 311-21 issu de la loi du 4 mars 2002, qui permet aux parents de choisir d'un commun

accord le nom de leur enfant, prévoit également qu'à défaut de choix l'enfant « prend le nom du père ».

Cet exemple montre bien que la dialectique de conciliation entre égalité des sexes et solidité de la famille n'est pas épuisée. Elle montre aussi qu'il est bien difficile de séparer, en droit de la famille, l'horizontal du vertical, les relations de couple de celles de filiation.

La question du **divorce** n'est pas moins délicate. Le droit révolutionnaire avait permis le divorce, et avait même instauré un divorce par consentement mutuel assez facile à obtenir⁸. Le Code civil conserva ce divorce par consentement mutuel dont Napoléon usa lui-même pour dissoudre son union avec Joséphine de Beauharnais.

44 Supprimé par la loi De Bonald du 8 mai 1816, lors de la Restauration, le divorce ne fut rétabli que par la loi Naquet du 27 juillet 1884, sous la forme d'un divorce pour faute, à l'exclusion du consentement mutuel.

Au fil des années se succédèrent de nombreuses réformes du divorce dans le Code civil⁹. Par exemple, une loi du 15 décembre 1904 autorisa le remariage de l'époux adultère avec son complice, en abrogeant l'article 298 du Code civil. Mais il fallut ensuite attendre la loi du 5 juillet 1956 pour que ce remariage permette la légitimation des enfants adultérins. De même, les conditions de la conversion de la séparation de corps en divorce furent plusieurs fois revisitées, chaque fois avec une charge idéologique intense.

Rétrospectivement, les combats paraissent d'arrière-garde, et toutes les tentatives de fermer les vannes du divorce perdues d'avance. Il n'empêche que chaque projet législatif relance les controverses et les débats entre les zélés de la solidité des familles, qui espèrent lutter contre l'instabilité matrimoniale en restreignant la possibilité de divorcer, et les partisans de la liberté. Cette opposition recouvre deux conceptions du mariage : pour les uns, c'est toujours une union par essence indissoluble, même si certaines possibilités exceptionnelles de rupture ont dû être concédées ; pour les autres, le mariage est un simple contrat civil, susceptible d'être dissous dès lors que les conditions légales sont remplies.

8. Véronique Demars-Sion, « Libéralisation du divorce : l'apport véritable de la loi du 11 juillet 1975 à la lumière de celle du 20 septembre 1792 », *RTD civ.*, 1980, p. 231.

9. Sauf erreur ou omission, il n'y en aurait pas eu moins de 35 entre 1884 et 2000, ce qui place le divorce assez haut dans le hit-parade des textes instables (*Le Code civil, textes antérieurs et version actuelle*, Paris, Garnier Flammarion, 1997).

C'est la grande loi du 11 juillet 1975 qui a dépénalisé l'adultère, autorisé à nouveau le divorce par consentement mutuel, et créé le divorce pour « rupture de la vie commune » qui prend acte d'une séparation de fait de six années, même si l'un des époux ne souhaite pas divorcer. Ainsi fut réalisée la consécration d'un véritable « droit au divorce ». Toutefois, les conditions financières garantissant le sort du défendeur réduisaient de fait l'intérêt de cette faculté à des cas marginaux.

Trente années après, et à la veille d'une énième réforme, les problématiques n'ont pas tellement changé : il faut rendre le divorce par consentement mutuel plus facile, sans pour autant courir le risque qu'il masque une spoliation obtenue par violence ou chantage ; il faut permettre à celui qui ne supporte plus l'union de s'en libérer, sans pour autant faire du mariage une union précaire assimilable au concubinage ; il faut sanctionner les comportements inadmissibles, sans pour autant susciter des débats artificiels sur des fautes supprimées ; il faut garantir l'équité financière envers celle qui s'est consacrée à son foyer, sans mettre à la charge du mari des obligations l'empêchant de subvenir aux besoins de sa nouvelle famille ; il faut enfin obtenir que les époux qui se déchirent, voire se haïssent, continuent d'entretenir des relations correctes dans l'intérêt des enfants.

45

Même le recours à la médiation familiale, dernière panacée des désunions douces, n'est pas si nouveau : il suffit de se rappeler les « tribunaux de famille » révolutionnaires¹⁰.

Les deux grandes questions actuelles, qui sont la possibilité d'un divorce sans juge et la suppression du divorce pour faute, s'inscrivent dans la continuité des débats. Il est, certes, possible de faire prononcer le divorce par l'officier d'état civil, ou par un notaire. Il est tout à fait envisageable de ne plus s'intéresser aux griefs réciproques des époux, et de se borner à constater que la vie commune est devenue impossible. Par contre, il n'est pas possible d'éviter que ces réformes ne retentissent sur la nature même du mariage, en affaiblissant ses obligations et en affadissant son sens. Peut-être le caractère insoluble de la question du divorce est-il un indice de ce que le mariage soit demeuré, dans l'inconscient collectif, une union dont la nature n'est pas d'être rompue ?

Ce qui amène à s'intéresser à **la diversité des formes juridiques de couple**.

10. Véronique Demars-Sion, art. cit.

L'influence de l'Église catholique sous l'ancien droit et les principes égalitaires du droit révolutionnaire se sont conjugués pour que le Code civil de 1804 ne contienne aucune disposition relative au concubinage. Il n'existait et ne pouvait exister qu'une seule union : le mariage civil républicain, éventuellement suivi d'un mariage religieux. Les premières réformes du Code civil ont consisté à desserrer les contraintes sur ce qui demeurait un arrangement de famille. Rappelons que le Code de 1804 avait fixé la majorité matrimoniale à vingt-cinq ans pour les hommes et vingt et un ans pour les femmes et prévoyait que, même passé cet âge, le consentement des parents devait être demandé par « actes respectueux ». Il fallut plus d'un siècle pour que la loi du 21 juin 1907 supprime complètement ces « actes respectueux » et permette tout simplement aux majeurs de se marier librement.

46 Dans un tel contexte, il n'est pas étonnant que l'union libre n'ait pas eu droit de cité dans le Code ! On connaît l'aphorisme de Napoléon : « Les concubins se passent de la loi : la loi se désintéresse d'eux. » Vivre ensemble sans être mariés était considéré non seulement comme un comportement immoral, mais surtout comme une atteinte à l'ordre social dont les familles légitimes étaient le soubassement. Le seul texte du Code évoquant cette réalité était l'article 230, prévoyant la possibilité pour l'épouse de demander le divorce pour cause d'adultère du mari « lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune »¹¹. Il n'était donc pas question, bien au contraire, que le concubinage ouvrît quelque droit que ce fût ! Tout au plus le libéralisme des tribunaux se manifesta-t-il dans le fait que la jurisprudence n'annula plus systématiquement les libéralités entre concubins¹² et admit l'indemnisation de la rupture du concubinage en cas de « séduction dolosive »¹³.

11. L'article 229 permettait au mari de demander le divorce dans tous les cas d'adultère de l'épouse. Cette dissymétrie, qui ne réapparut pas au plan civil dans la loi Naquet, subsista dans le Code pénal jusqu'en 1975. Cette discrimination était expliquée, sinon justifiée, par la moindre gravité de l'adultère de l'homme pour la famille. L'adultère de la femme risquait de faire entrer incognito des bâtards dans la famille, tandis que celui du mari ne pouvait avoir cet effet, les enfants adultérins *a patre* étant radicalement privés de droits.

12. Une distinction byzantine, qui dura jusqu'en 1999, opposait les libéralités consenties dans le souci d'assurer l'avenir de la concubine, et de réparer ses torts envers elle, valables, et celles qui, ayant pour but le maintien des relations coupables, étaient considérées comme le « prix du stupre » et donc illicites. Cette distinction était contestée car la plupart des libéralités répondaient peu ou prou aux deux objectifs. Il faut noter que le caractère adultérin du concubinage n'a jamais été un élément déterminant dans cette casuistique.

13. Laurent Boyer, « Concubinages et concubinats du Code d'Hammurabi à la fin du XIX^e siècle », in Jacqueline Rubellin-Devichi (dir.), *Les Concubinages, approche socio-juridique*, Paris, CNRS, 1986, p. 159.

La première loi qui donna un effet positif au concubinage dans le Code civil fut la loi du 16 novembre 1912 autorisant la recherche judiciaire de paternité naturelle « dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu en état de concubinage notoire pendant la période légale de la conception » (art. 340-4 C. civ.). Encore s'agissait-il autant de sanctionner le fautif que d'ouvrir des droits à l'enfant¹⁴.

Vint ensuite une série de textes disparates, le plus souvent de droit social, accordant aux concubins des droits qui restaient de l'ordre de la subsistance : assurances sociales, allocations familiales ou encore droit au maintien dans les lieux pour la concubine du locataire. Rien de tout cela n'eut l'honneur d'être incorporé au Code civil.

On mesure donc le bouleversement que constitua la loi du 8 janvier 1993 qui prescrivit, dans l'article 372 du Code civil, que l'autorité parentale serait exercée en commun par les deux parents non mariés à condition qu'ils « vivent en commun au moment de la reconnaissance concomitante ou de la seconde reconnaissance ». Pour la première fois, un effet positif, acquisitif de droits familiaux, était conféré à la vie concubinaire et pour la première fois aussi ce droit était gravé au fronton de marbre du Code.

Cette inscription dans le Code civil indiquait le changement radical qui s'était opéré entre-temps dans la perception sociale du concubinage. Naguère encore menace pour la société, il était devenu, en quelques dizaines d'années, un mode de vie aussi honorable qu'un autre, un fondement aussi sécurisant pour les familles que le mariage.

La suite de l'histoire est encore dans tous les esprits : la loi du 15 novembre 1999 qui a créé le Pacte civil de solidarité en a inséré la réglementation dans le Code civil, aux articles 515-1 et suivants, c'est-à-dire tout à la fin du titre relatif aux personnes. La même loi a également inscrit le concubinage dans le Code, juste après le PACS, non pas pour en améliorer les droits, qui en sont demeurés inchangés, mais seulement pour en affirmer la noblesse. Cependant, entre-temps le concubinage a cessé d'être exclusivement hétérosexuel. La création du PACS et l'insertion du concubinage dans le Code civil sont autant, sinon plus, la proclamation législative de la licéité des unions homosexuelles que la reconnaissance des unions de fait, et cette loi a surtout dissocié le couple de la famille qui en était jusqu'alors le prolongement naturel.

14. Christine Desnoyer, *L'Évolution de la sanction en droit de la famille*, Paris, L'Harmattan, 2001.

La loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale a – provisoirement – sonné la fin de l'histoire législative du concubinage. En transférant les règles relatives aux enfants du divorce dans le chapitre relatif à l'autorité parentale, en unifiant les règles applicables aux enfants, sans accorder aucune incidence au statut juridique de leurs parents, mariés, divorcés, pacsés, concubins ou séparés, cette loi a tiré les conséquences de la révolution de 1999.

Le Code civil reconnaît et organise aujourd'hui trois sortes d'unions.

48 Le mariage demeure la seule structure n'admettant qu'un homme et une femme, et qui continue d'avoir une dimension horizontale et une dimension verticale indissociables. Cette articulation résulte de la présomption de paternité du mari (art. 312 C. civ.), et est confirmée par l'article 203 du Code civil, inchangé depuis 1804, aux termes duquel « les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ».

Le Pacte civil de solidarité, innovation de la loi du 15 novembre 1999, est un contrat par lequel est organisée une structure patrimoniale ouverte aux couples homosexuels ou hétérosexuels. Il n'a pas de dimension généalogique ni successorale, et contient peu d'obligations personnelles : seule est prévue une « aide mutuelle et matérielle¹⁵ », à l'exclusion de toute obligation de fidélité¹⁶.

Le concubinage, enfin, est défini comme une « union de fait caractérisée par la vie commune¹⁷ ». Il n'est plus doté d'aucune conséquence juridique spécifique en droit civil de la famille, ni au plan patrimonial, car il n'y a pas de régime juridique des biens des concubins, ni au plan extra-patrimonial, puisque l'admission des couples homosexuels dans ce cadre juridique a logiquement exclu toute conséquence du concubinage en droit de la filiation ou de l'autorité parentale.

Ce qui ne veut pas dire que les enfants nés hors mariage soient oubliés du Code civil, bien au contraire : les familles naturelles y sont entrées et y ont acquis une totale reconnaissance. C'est la dernière et peut-être la plus importante évolution du Code civil.

15. Art. 515-4 C. civ.

16. Tout au moins dans le texte du Code. La question de savoir si la jurisprudence en créera une est une autre histoire...

17. Art. 515-8 C. civ.

LE SOCLE JURIDIQUE DES FAMILLES

Le Code civil constitue les familles en organisant les liens de parenté, et régit leur fonctionnement en réglant les droits et devoirs des parents et des enfants.

Au regard des **liens de parenté**, la famille légitime était seule reconnue dans le Code de 1804. Reprenant l'adage romain *Pater is est quem nuptiae demonstrant*, l'article 312 du Code civil énonçait que « l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari ». Ce texte, demeuré inchangé depuis lors, est toujours le principe fondateur de la filiation légitime. Dans une société où les mariages demeuraient largement des arrangements de famille¹⁸, dans un monde où la paternité était incertaine et ne pouvait se fonder que sur la fidélité de l'épouse, l'article 312 C. civ. occupait une place centrale, qui s'articulait parfaitement avec la répression de l'adultère de la femme et l'absence de droits des enfants nés hors mariage.

49

Corrélativement, en effet, la filiation naturelle n'était admise que si le père naturel avait volontairement reconnu l'enfant. L'établissement de filiations adultérines ou incestueuses était radicalement prohibé, sauf par ricochet, lorsque le mari désavouait l'enfant né de son épouse. Les conditions de ce désaveu étaient d'ailleurs très strictes.

Aux termes de l'ancien article 340 C. civ., « la recherche de la paternité est interdite », sauf dans le cas d'enlèvement de la mère. Cette sévérité s'expliquait par les abus qu'avaient entraînés, sous l'ancien droit, les procédures de recherche de paternité naturelle, ainsi que par l'importance donnée par le droit révolutionnaire à la volonté comme fondement de la filiation. Il faut ajouter que l'incertitude des preuves rendait de toute façon hasardeuse la démonstration de la paternité.

Même quand elle était établie, la filiation naturelle conférait moins de droits que la légitime. L'une des plus importantes différences était que l'enfant naturel n'entraînait pas dans la famille de son auteur : il n'avait juridiquement pas de grands-parents. Des droits successoraux ne lui étaient accordés que dans la succession de ses père et mère, encore étaient-ils notablement réduits par rapport à ceux des enfants légitimes.

18. Comme en témoignait la nécessité d'en demander l'autorisation aux parents, même après la majorité évoquée plus haut.

Par contre, les conditions de la légitimation étaient libéralement ouvertes : ainsi l'article 332 permettait-il de légitimer des enfants déçédés s'ils avaient eux-mêmes laissé des descendants.

Ce système parfaitement cohérent, mais terriblement contraignant, cédera progressivement devant une exigence de simple justice envers la mère naturelle, « séduite et abandonnée », et son enfant innocent. Il faudra cependant attendre la loi du 16 novembre 1912, c'est-à-dire plus d'un siècle, avant que l'article 340 du Code civil, modifié, permette une action en recherche de paternité naturelle dans un certain nombre de cas limitatifs : l'enlèvement ou le viol, la « séduction accomplie à l'aide de manœuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou de fiançailles », l'aveu écrit non équivoque de paternité, le concubinage notoire et enfin l'entretien de l'enfant par le père prétendu.

50 Les raisons de ces restrictions étaient au nombre de deux : le souci de préserver la « paix des familles » contre des demandes malicieuses, voire contre des tentatives de chantage, et l'impossibilité de fournir une preuve biologique certaine de la paternité.

Il faut se rendre compte du bouleversement qu'entraîna, dans les pratiques judiciaires, l'irruption de la vérité biologique résultant du progrès des sciences médicales. C'est la découverte de l'ADN, la possibilité de comparer les « empreintes génétiques » de l'enfant et du père prétendu qui ont permis de libérer totalement¹⁹ l'action en recherche de paternité par l'effet de la loi du 8 janvier 1993. C'est-à-dire au bout de deux siècles !

Paradoxalement, c'est au moment où enfin la paternité devient certaine, que les pratiques d'assistance médicale à la procréation, notamment les dons de gamètes ou d'embryons, ont entraîné la création légale de fausses filiations biologiques. Un véritable mensonge a été institué dans le Code civil : l'article 311-20 résultant des lois bio-éthiques du 29 juillet 1994, aux termes duquel « le consentement à une procréation médicalement assistée interdit toute action en contestation de filiation... ». Entre vérité biologique et volonté des parents, la filiation oscille toujours...

Pendant ce temps, les mœurs avaient changé, et les systèmes de valeur également. La discrimination dont étaient victimes les enfants naturels était devenue de plus en plus insupportable. La loi du 3 janvier 1972 proclama, à l'article 334 du Code civil, que : « L'enfant naturel a,

19. Ou presque, car un certain nombre de freins subsistent, le plus important étant la nécessité d'exercer l'action dans les deux années suivant la naissance de l'enfant.

en général, les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère. Il entre dans la famille de son auteur.»

La même loi permit, enfin, l'établissement de la filiation des enfants adultérins²⁰.

La suppression de l'inégalité des filiations entraîna nombre de conséquences importantes. L'une d'elles fut que la filiation légitime, n'étant plus considérée comme de valeur supérieure à toute autre, devint plus facilement contestable : il parut en effet que l'intérêt de l'enfant était plus de se voir rattacher à son père véritable, fût-il naturel, que d'être fallacieusement relié à un mariage dont il n'était pas issu. La femme mariée obtint enfin le droit de faire reconnaître juridiquement que son enfant n'était pas né des œuvres de son mari.

L'égalité totale ne fut cependant pas atteinte par la loi de 1972. L'enfant adultérin continuait à n'avoir qu'un droit d'héritage limité. L'enfant naturel n'était pas soumis aux mêmes règles d'autorité parentale que l'enfant légitime : dans l'esprit du législateur, il demeurait l'enfant d'une mère célibataire, pour ne plus dire d'une fille-mère. En tout cas, un enfant *a priori* sans père. L'augmentation statistique du nombre d'enfants nés hors mariage, ainsi que le fait qu'ils étaient très souvent élevés dans un foyer stable, rendirent les dernières discriminations insupportables.

La loi du 3 décembre 2001 a donc supprimé le concept même d'enfant adultérin et celle du 4 mars 2002 a créé un article 310-1 C. civ. qui énonce : « Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux. »

Les droits et devoirs réciproques des parents et des enfants avaient subi, pendant la même période, nombre de bouleversements, même si l'article 371 du Code, « l'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère », inaugure immuablement leur définition.

La plus connue de ces mutations est celle qui a fait progressivement passer de la « puissance paternelle », que le « père exerce seul [...] pendant le mariage » (art. 373 C. civ de 1804), à l'autorité parentale que « les père et mère exercent en commun... » (art. 372). Si ce changement

20. Mais l'établissement de filiations incestueuses demeure interdite. Lorsqu'un enfant est né d'un frère et d'une sœur, ou d'une fille et de son père, un seul lien de filiation peut être établi, afin d'éviter le scandale.

a été opéré dès la loi du 4 juin 1970 pour les familles légitimes unies, c'est celle du 4 mars 2002 qui a affirmé que « la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale » (art. 373-2). La consécration législative de la résidence alternée, dans la version 2002 de l'article 373-2-9²¹, est l'expression ultime de cette égalité des parents que l'on voudrait parfaite et absolue.

Mais l'autre histoire, plus sombre celle-là, est celle du « droit de correction paternelle », autorisant le père, lorsqu'il « aura des sujets de mécontentement très graves sur la conduite d'un enfant » (art. 375 C. civ.), à le faire enfermer par le président du tribunal d'arrondissement. Plus ou moins modifié, il subsistera jusqu'à ce qu'une ordonnance du 23 décembre 1958 fasse du même article 375 du Code civil le fondement de « l'assistance éducative » au bénéfice des mineurs en danger. Quant à la déchéance de puissance paternelle, prévue par une loi du 24 juillet 1889 en cas de très graves carences parentales, voire de crimes commis sur la personne de l'enfant, elle ne fut pas intégrée dans le Code civil à l'origine et ne le fut que par la loi du 4 juin 1970.

C'est que l'inscription d'une loi dans le Code civil lui donne une dimension supplémentaire : le Code n'est pas seulement une loi, c'est aussi un symbole. Il nous renseigne peut-être plus sur l'image qu'une société se fait de la famille idéale, que sur les réalités familiales à un moment donné. Ainsi s'explique que n'y aient figuré ni les « biens réservés » de l'épouse, ni la déchéance de la puissance paternelle. Il faudrait relire le texte de 1804, comme celui de 2003, dans cette optique. Il est probable alors que « l'obéissance » de la femme mariée en 1804 (art. 213 C. civ.) prendrait la même consistance que l'affirmation selon laquelle, en cas de séparation, « chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent » (art. 373-2, al. 2, rédaction de 2003), comme des tentatives héroïques ou dérisoires de maîtriser le jeu des passions, le choc des caractères, les « choses de la vie ».

21. Numérotation qui n'est à l'évidence pas celle du Code d'origine...

BIBLIOGRAPHIE

- Marcel Garaud et Romuald Szramkiewicz, *La Révolution française et la Famille*, Paris, PUF, 1979.
- Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2001.
- Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2003.
- Anne Lefebvre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1996.
- Le Code civil, textes antérieurs et version actuelle*, Paris, Garnier Flammarion, 1997.

R É S U M É

Le Code civil de 1804, comme celui d'aujourd'hui, est à la fois le garant des personnes, la charte des couples et le socle juridique des familles. Son évolution retrace celle de la société, au travers de la montée de l'égalité des sexes, de la multiplication des formes juridiques de couples, de la promotion des familles naturelles et des mutations dans les droits et devoirs des parents. Mais reflète-t-il la réalité sociale ou, plutôt, la vision qu'a la société de ce que devrait être une famille idéale ?